

## **Staatswirtschaft ja, aber fair – Ein kluger Bundesgerichtsentscheid zur Glarnersach**

Die Glarnersach ist eine öffentlichrechtliche Anstalt, die seit Jahrzehnten im Wettbewerb steht. Quersubventionen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich sind untersagt.

Der Staat darf wirtschaften, wenn er sich an die Spielregeln hält. Auf diese einfache Formel könnte man das Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2012 in Sachen Kanton Glarus bzw. Glarnersach\* bringen. Das Bundesgericht wertet einen demokratischen Entscheid höher als Einwände der Privatwirtschaft gegen staatliche Konkurrenz. Die Wirtschaftsfreiheit nimmt dadurch keinen Schaden. Das demokratische Element als einer der Grundpfeiler der Bundesverfassung wird gestärkt.

### *Zu den Fakten*

Die Glarnersach, eine kantonale öffentlichrechtliche Anstalt, ist nicht neu in den Privatversicherungsmarkt eingetreten, sondern sie steht seit Jahrzehnten mit diversen Produkten im Wettbewerb zu den Privatversicherern. Selbst ausserhalb des Kantons war sie schon bisher tätig, wenn auch nur vereinzelt. Regierungsrat, Landrat und Stimmvolk haben sich für die Weiterführung dieses kurz als Wettbewerbsbereich bezeichneten Tätigkeitsfeldes ausgesprochen, und zwar als integraler Teil der öffentlichrechtlichen Anstalt, die zudem unter einem gesetzlichen Monopol Gebäude (ausser Hotel- und Industriebauten) gegen Feuer- und Elementarschäden versichert.

Ein anlässlich der Landsgemeinde 2010 gestellter Rückweisungsantrag, der die Abschaffung des Wettbewerbsbereiches verlangte, wurde von den Stimmberechtigten verworfen und das Gesetz angenommen. Letzteres schreibt wie bisher eine separate Rechnungslegung für Monopol- und Wettbewerbsbereich vor. Quersubventionen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich sind damit erklärtermassen untersagt.

Im Wettbewerbsbereich zahlt die Glarnersach Steuern wie jedes Privatunternehmen auch. Über eine Staatsgarantie verfügt sie nicht. Ausserdem untersteht sie einer kantonalen Versicherungsaufsicht und muss vergleichbaren Anforderungen genügen wie eine Privatversicherung. Die Privatversicherer haben das Sachversicherungsgesetz vor Bundesgericht unter anderem wegen angeblicher Verletzung der Wirtschaftsfreiheit angefochten.

### *Kein staatlicher Eingriff*

Vorliegend hat der Staat die wirtschaftliche Tätigkeit nicht in klassischer Weise hoheitlich - durch Verbote oder Monopolisierung - eingeschränkt, sondern er konkurrenziert die Privatwirtschaft mit einem eigenen Angebot.

Die Kernfrage für das Bundesgericht war, ob staatliche Konkurrenz als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zu beurteilen ist. Die Antwort: Die Privatwirtschaft ist durch blosser staatliche Konkurrenz anders betroffen als durch einen obrigkeitlichen Befehl - Konkurrenz ist in einer freien Privatwirtschaft etwas Natürliches. Die Privatunternehmen werden in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht behindert. Ein Eingriff in die individuelle Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) liegt nicht vor.

Ist jedoch der Wirtschaftsfreiheit laut Bundesverfassung (BV) ein Systementscheid gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit zu entnehmen (Art. 94 BV)? Unter dem Stichwort der «gelebten Verfassungspraxis» legt das Bundesgericht dar, dass staatliche, konkurrenzierende Wirtschaftstätigkeit vom Bundesgesetzgeber in zahlreichen Fällen akzeptiert und vorausgesetzt wird. Hätte der Verfassungsgeber solche Tätigkeiten verbieten wollen, so hätte er dies angesichts der entgegenstehenden Rechtstradition ausdrücklich sagen müssen.

### *Primat der Politik*

Staatliches Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen. Eine Grundrechtseinschränkung liegt nicht vor, was das Bundesgericht dazu veranlasst, die Definition des öffentlichen Interesses weitgehend dem Gesetzgeber zu überlassen. Ein öffentliches Interesse, das inhaltlich eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigen könnte (beispielsweise polizeiliche Interessen), wird folgerichtig nicht verlangt. Darin liegt auch der Punkt, der über die Bedeutung des Einzelfalles weit hinausreicht.

Dazu das Bundesgericht: «Die Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, sind wandelbar und unterliegen einer politischen Wertung. Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber. [. . .] Hat das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden. Es ist alsdann nicht Sache des Bundesgerichts, diese Entscheidung als unzulässig zu erklären (Art. 3, 43 und 47 BV), solange das Gesetz nicht Interessen verfolgt, die verfassungsrechtlich nicht zulässig oder geradezu willkürlich sind.»

Das Bundesgericht hat eine Abwägung vorgenommen und dem demokratischen Element (sowie der kantonalen Aufgaben- und Organisationsautonomie) zu Recht mehr Gewicht beigemessen. Wohlgemerkt, auch die Volkssouveränität ist nicht schrankenlos, aber ein Grundrechtseingriff liegt nicht vor. Wenn die politische Wertung zugunsten einer staatlichen Wirtschaftstätigkeit - unter Wettbewerbsbedingungen - ausfällt, so wird damit ein genügendes öffentliches Interesse ausgedrückt. Weiter hat das Gericht ein einklagbares Subsidiaritätsprinzip abgelehnt, wonach der Staat nur bei Marktversagen (kein genügendes privates Angebot) wirtschaftlich tätig sein darf.

Abgesehen davon, dass der Verfassungsgeber mit Subsidiarität nachweislich etwas anderes meint, nämlich das Verhältnis von Bund und Kanton, wonach der Bund erst subsidiär zu den Kantonen tätig werden soll (Art. 5a und 43 Abs. 1 BV), bestehen unseres Erachtens auch inhaltlich Bedenken: Marktversagen bedeutet, dass ein Angebot aus Sicht der Privatwirtschaft unrentabel ist. Nur hier dem Staat das Feld zu überlassen, würde diesen auf ein Verlustgeschäft beschränken. Von staatlicher

Konkurrenz kann dann nicht mehr gesprochen werden, weil es kein privates Angebot gibt. Im Ergebnis würde ein solches Subsidiaritätsprinzip ein Verbot staatlicher Wirtschaftstätigkeit bedeuten.

Man kann jedoch vom Staat nicht «gleich lange Spiesse» einfordern und im selben Atemzug verlangen, dass er nur wirtschaften darf, wenn die Privatwirtschaft nicht tätig ist. Das wäre widersprüchlich. Anders formuliert: Die Bundesverfassung umfasst keinen Anspruch auf materielle Privatisierung. Der Entscheid des Bundesgerichts, dem propagierten Subsidiaritätsprinzip nur den Stellenwert eines wirtschaftspolitischen Leitbildes beizumessen, verdient Zustimmung.

Die nach diesem Entscheid geäusserte Besorgnis einer nun drohenden ausufernden Staatswirtschaft erscheint angesichts der Erfordernisse der formell-gesetzlichen Grundlage und Wettbewerbsneutralität unbegründet. Bemerkenswert ist der Hinweis des Bundesgerichts auf den «Wettbewerb der Systeme». Der Wettbewerbsdruck durch die staatliche Konkurrenz kann durchaus heilsame Auswirkungen auf die Privatwirtschaft hinsichtlich Preisgestaltung, Lohnpolitik oder Kundenservice haben.

### *Es geht auch ohne Tochter*

Die unbestrittene Voraussetzung, dass der Staat in Konkurrenz zur Privatwirtschaft keine unlauteren Vorteile geniesst (Wettbewerbsneutralität), ist nach Auffassung des Gerichts vorliegend erfüllt. Das Nebeneinander von Monopol und Wettbewerb lasse auch sonst keine ins Gewicht fallende Wettbewerbsverzerrung erwarten. Diesbezüglich hat das Bundesgericht einen Zwang zur Auslagerung des Wettbewerbsbereichs in eine privatrechtliche Tochtergesellschaft verneint. Das Verbot der Quersubventionierung kann auch ohne Auslagerung erreicht werden. Die Bundesverfassung enthält keine Pflicht zur formellen Privatisierung. Der Umstand, dass der Berner Gesetzgeber sich für eine Auslagerung entschieden hat, ändert nichts an der Zulässigkeit der Glarner Lösung.\*\* Welcher Weg einzuschlagen ist, ist ein politischer Entscheid und unterliegt kantonalen Organisationsautonomie.

Der Entscheid des Bundesgerichts, wonach die Wirtschaftsfreiheit nicht verletzt ist, ist unseres Erachtens sachlich zutreffend. Mit überzeugenden Argumenten hat sich das Gericht für die Koexistenz von Privatwirtschaft und fairer Staatswirtschaft entschieden.

\* Urteil 2C\_485/2010; \*\* Urteil 2C\_94/2012.

Cornel Quinto, Rechtsanwalt in Zürich, hat im Verfahren vor Bundesgericht die Interessen des Kantons Glarus und der Glarner Sache vertreten. Felix Uhlmann, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich, hat in dieser Sache ein Rechtsgutachten erstellt.